Sygn. akt: KIO 2544/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2024 r. przez wykonawcę Altrad Babcock Europe Spółka Akcyjna z siedzibą
w Rybniku
w postępowaniu prowadzonym przez Enea Wytwarzanie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerżach Górnych
przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Remak – Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Altrad Babcock Europe Spółka Akcyjna
z siedzibą w Rybniku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę
15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy), uiszczoną przez wykonawcę Altrad Babcock Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), poniesioną przez Zamawiającego – Enea Wytwarzanie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerżach Górnych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3.Zasądza od wykonawcy Altrad Babcock Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku
na rzecz Zamawiającego – Enea Wytwarzanie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Świerżach Górnych kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), stanowiącą uzasadnione koszty Zamawiającego – Enea Wytwarzanie Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerżach Górnych, poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt KIO 2544/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Enea Wytwarzanie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Świerżach Górnych, dalej: „*Zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia
11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*” postępowanie
o udzielenie zamówienia pn.: „Modernizacja kotła nr 11 w 2024 r.”, dalej: „*Postępowanie*”.
Ogłoszenie o zamówieniu *zostało zamieszczone* w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
w dniu 12 kwietnia 2024 r. pod numerem 217108-2024.
W dniu 18 lipca 2024 r. wykonawca Altrad Babcock Europe Spółka Akcyjna z siedzibą
w Rybniku, dalej: „*Odwołujący*” wniósł odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego – ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi w zakresie konserwacji i napraw kotłów grzewczych pn. „Modernizacja kotła bloku nr 11 w 2024 r.”,
nr referencyjny: KZP-AM.2103.2.2024, w postaci zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez spółkę Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: ZRE Katowice), wadliwego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty ZRE Katowice jako najkorzystniejszej.
Odwołujący wskazał, że czynnością Zamawiającego niezgodną z przepisami ustawy jest zaniechanie odrzucenia oferty

złożonej przez ZRE Katowice i dokonanie wyboru oferty ZRE Katowice jako najkorzystniejszej. Zamawiający wadliwie przeprowadził czynność badania
i oceny ofert, a następnie bezzasadnie wybrał ofertę ZRE Katowice jako najkorzystniejszą.
W ocenie Odwołującego powyższe czynności stanowiły naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty ZRE Katowice, która to oferta powinna podlegać odrzuceniu ze względu na istnienie błędu w obliczeniu ceny, który to błąd nie stanowi oczywistej omyłki w myśl art. 223 ust. 2 PZP z uwagi na nieprawidłowe wypełnienie Formularza Cenowego, stanowiącego załącznik do Formularza „Oferta", poprzez podanie ceny w pozycji 2.1, mającej pozostać pustą, co w konsekwencji uniemożliwiło ustalenie prawidłowej łącznej ceny za realizację zamówienia.
2) art. 17 ust. 2 PZP poprzez wybór przez Zamawiającego oferty ZRE Katowice, jako najkorzystniejszej, a zarazem niezgodnej z przepisami ustawy, tj. art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) PZP ze względu na istnienie istotnego błędu w obliczeniu ceny.

W ocenie Odwołującego powyższe naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ wskutek nieprawidłowości, jakich dopuścił się Zamawiający, doszło do wyboru oferty ZRE Katowice obarczonej istotną wadą, a w konsekwencji do powstania stanu niezgodnego
z ustawą.
Odwołujący wniósł o:

a) uwzględnienie odwołania;
b) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
c) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty ZRE Katowice;
d)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. oferty Odwołującego lub REMAK -ENERGOMONTAŻ S.A. z siedzibą w Warszawie, po dokonani czynności badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu wniosków płynących z niniejszego odwołania;
e)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się
w aktach postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności oferty wraz
z załącznikami, złożonej przez ZRE Katowice oraz ofert wraz z załącznikami pozostałych wykonawców, w tym Odwołującego, a także pisma Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2024 r. (znak sprawy: KZP-AM.2103.2.2024), pisma Odwołującego z dnia 14 czerwca 2024 r. (znak sprawy: OF2/24/06/0009) oraz protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego z dnia 5 lipca 2024 r.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadził postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na wykonanie usługi w zakresie konserwacji i napraw kotłów grzewczych pn. „Modernizacja kotła bloku nr 11 w 2024 r.", nr KZP-AM.2103.2.2024. W postępowaniu zostały złożone oferty następujących wykonawców:

1. Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A.;
2. Altrad Babcock Europe S.A;
3. Remak-Energomontaż S.A.

Odwołujący wskazał, że wybór oferty ZRE Katowice jako najkorzystniejszej oferty, jest niezgodny z prawem oraz stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców
w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a istotnym w sprawie jest fakt, iż ZRE Katowice dopuściło się istotnego błędu w obliczeniu ceny w zakresie Formularza Cenowego, stanowiącego Załącznik nr 12 do Formularza „Oferta", który z kolei stanowi załącznik nr 1 do Części I SWZ. ZRE Katowice błędnie uzupełnił Formularz Cenowy w pkt 2 ppkt 2.1 „Modernizacja Obrotowych Podgrzewaczy powietrza HLD10 i HLD20 (w skrócie - OPP) typu Typ LCVZQ 34.7/2200 (rys N-100160-S-HLD-IC02-00001) wraz z niezbędnymi pracami towarzyszącymi zgodnie z N-100160-SHLD-GM02-00001 AB_PL-ENG. Wykonawca zapewni na własny koszt nadzór Inspektora Producenta (Arvos GmbH, Niemcy) lub inspektora firmy specjalizującej się w remontach i modernizacjach obrotowych podgrzewczy powietrza nad prowadzonymi pracami w celu zapewnienia poprawności prac montażowych zgodnie
z dokumentacją DTR producenta w poniższym zakresie", bowiem wypełnił rubrykę, która miała pozostać pusta.
Odwołujący podkreślił, iż zarówno treść pkt 2 ppkt 2.1. Formularza Cenowego, jak i sama konstrukcja formularza cenowego, pozwala na twierdzenie, iż rubryka ta powinna pozostać nieuzupełniona. Główne punkty, w tym punkt 2. oraz podpunkt 2.1. Formularza Cenowego, oznaczone zostały przez Zamawiającego kolorem szarym i nie podlegały wycenie, bowiem cenę należało uwzględnić wyłącznie w zakresie części składowych, tj. w ppkt 2.1.1.-2.1.12.
Powyższe potwierdzała formuła Excel zastosowana przez Zamawiającego w formularzu

(w komórce E50 skoroszytu), która nie sumowała wartości wpisanej przez ZRE Katowice
w podpunkcie 2.1 (w komórce E29), a którą to formułę ZRE Katowice zmodyfikowało wypełniając formularz, a także przywołany opis punktu 2.1., z którego jasno wynika, iż dotyczy on prac „w poniższym zakresie", a zatem wyszczególnionych w punktach 2.1.1.- 2.1.12.
Odwołując się do wykładni literalnej powołanego opisu punktu 2.1., Odwołujący przyjął za niewłaściwe działanie ZRE Katowice, polegające na uzupełnieniu pozycji 2.1. Formularza Cenowego.
Odwołujący wskazał, iż ZRE Katowice, oprócz uzupełnienia Formularza Cenowego w sposób nieprawidłowy, w ramach rubryki oznaczonej numerem 2.1. wskazał wartość 30.700,00 zł. Wartość ta nie stanowi sumy kwot cząstkowych wskazanych w rubrykach 2.1.1 - 2.1.12, co więcej, nie jest nawet do tej sumy zbliżona. W konsekwencji nie jest możliwe ustalenie prawidłowej łącznej ceny za realizację zamówienia, ani za poszczególne etapy zamówienia, bazując wyłącznie na informacjach zawartych w Formularzu Cenowym.
Odwołujący podkreślił, iż żaden podmiot, poza ZRE Katowice, nie będzie mógł wyjaśnić, jakich prac dotyczy kwota 30.700,00 zł wskazana w pkt 2.1. Formularza Cenowego, a także dlaczego została wskazana w rzeczonym punkcie, skoro rubryka ta winna pozostać pusta, i w której pozycji składowej w stosunku do pozycji 2.1., winna zostać uwzględniona.
Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2024 r. (znak sprawy: KZP-AM.2103.2.2024) wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie braku uzupełnienia ppkt 2.1. Formularza Cenowego, w konsekwencji czego ten pismem z dnia
14 czerwca 2024 r. (znak sprawy: OF2/24/06/0009) ustosunkował się do wezwania Zamawiającego, wskazując, iż treść opisu ppkt 2.1. oraz konstrukcja samego Formularza Cenowego, uzasadnia brak uzupełnienia przez Odwołującego wartości w ppkt 2.1. Jak wynika z protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego z dnia 5 lipca 2024 r., komisja przetargowa nie wniosła uwag do w/w wyjaśnień Odwołującego, co w ocenie Odwołującego stanowi uznanie i przychylenie się Zamawiającego do argumentacji Odwołującego
w przedmiocie zasadności pozostawienia pozycji oznaczonej numerem 2.1. Formularza Cenowego nieuzupełnionej. Ważnym jest, iż oprócz Odwołującego, tożsamy sposób uzupełnienia Formularza Cenowego przyjął także wykonawca Remak-Energomontaż S.A., co także może stanowić o prawidłowości rozumowania Odwołującego w związku
z pozostawieniem ppkt 2.1. bez uzupełnienia.
Uzupełnienie Formularza Cenowego przez ZRE Katowice w sposób nieprawidłowy, polegający na wpisaniu ceny w miejscu, które powinno pozostać puste, należy kwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Podkreślenia wymaga, iż oferta, która zawiera błędy
w obliczeniu ceny lub kosztu, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP, jeżeli błędy te nie kwalifikują się do procedury poprawy oczywistych omyłek pisarskich lub rachunkowych zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1) i 2) PZP. Przy czym zwrot „oczywisty" jest tożsamy z „niebudzący wątpliwości". Jeżeli więc dana omyłka będzie wymagała złożenia wyjaśnień lub nie będzie dostrzegalna na pierwszy rzut oka, nie będzie miała cech oczywistości i nie będzie mogła być poprawiona w tym trybie. Błędem w obliczeniu ceny,
w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP, jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny, (tak wyrok KIO z 8.09.2020 r., KIO 1881/20).
Odwołujący wskazał, ze przymiotu oczywistości nie muszą mieć natomiast „inne omyłki",
o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Podobnie jak w przypadku omyłek rachunkowych i pisarskich, „inne omyłki" muszą mieć charakter przypadkowych, niezamierzonych błędów.
W żadnym wypadku za inną omyłkę w rozumieniu powołanego przepisu nie można przyjąć świadomego i celowego działania wykonawcy (tak KIO wyroku z 26.11.2019 r., KIO 2304/19). Poprawienie omyłek w rozumieniu tego przepisu, nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań Zamawiającego, wyartykułowanych w treści specyfikacji, czyli do rekonstrukcji oświadczeń woli wykonawcy. Zamawiający musi mieć wiedzę, w jaki sposób omyłkę poprawić bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty (tak KIO w wyroku z 2.05.2022 r., KIO 949/22). Jeżeli zamawiający nie jest w stanie odtworzyć właściwej, niezniekształconej treści oferty, co do zasady, nie może dokonać poprawienia omyłki (tak uchwała KIO z 29.10.2019 r., KIO/KU 64/19). Przy czym w odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Zatem w sytuacji, w której wykonawca wskazuje
w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot

postępowania. Jeden sposób poprawienia oferty musi istnieć także w przypadku zaistnienia omyłek pisarskich i rachunkowych. W wyroku KIO z dnia 17 grudnia 2015 r. w sprawie KIO 2632/15 wskazano: „Nie będzie stanowić oczywistej omyłki pisarskiej w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych sytuacja w przypadku, której zamawiający nie może poprawić treści oferty ze względu na dualizm możliwości. Taki dualizm bowiem mógłby prowadzić do sytuacji negocjacji treści oferty pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą bądź też prowadziłby do kształtowania treści oferty przez zamawiającego, a nie przez wykonawcę."

Tym samym, w sytuacji gdy możliwe jest poprawienie omyłki na kilka sposobów, co wpływa np. na cenę oferty, zamawiający nie może decydować o tym, w jaki sposób poprawić omyłkę. Nie jest również możliwe poprawienie omyłek pisarskich i rachunkowych wskutek prowadzonych wyjaśnień, ponieważ pozbawiałoby to owe omyłki przymiotu oczywistości (tak J. Jarnicka w Komentarz, art. 223 PZP, red. Jaworska).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem KIO z 18.03.2019 r., sygn. akt KIO 353/19

„w wypracowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej poglądem, poprawa przez zamawiającego omyłek, właśnie ze względu na ów obowiązek, niezależny od tego, czy wykonawca udzieli wyjaśnień na wezwanie zamawiającego (wykonawca nie ma przecież takiego obowiązku) musi być możliwa samodzielnie na podstawie całości treści oferty wykonawcy i postanowień opracowanej przez zamawiającego SIWZ." W tym samym wyroku wskazano, iż „argumentowanie nieistotności omyłki przez wskazanie, czy jej poprawienie zmieni sytuację wykonawcy w postępowaniu przez zmianę miejsca oferty w rankingu ofert, może mieć jedynie znaczenie posiłkowe. Dostrzec bowiem trzeba, że zgodnie z art. 7 ust.

3 PZP zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jeśli poprawienie omyłki popełnionej w ofercie jest niedopuszczalne, to wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy powinna ona podlegać odrzuceniu, jest naruszeniem tego przepisu."

W uchwale z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12 zwrócono uwagę, że „O błędzie

w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji."

W wyroku z dnia 1 października 2012 r., KIO 1516/12, 1994/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że błąd w obliczeniu ceny „to inny niż omyłka rachunkowa błąd w obliczeniu, polegający na przyjęciu niewłaściwych danych, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego (tak też w wyroku z dnia 9 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 257/08, KIO/UZP 258/08). Jednakże reguła ta nie znajdzie zastosowania w przypadku, gdy zamawiający przyjmie, iż cena za wykonane roboty jest ceną ryczałtową."

Błąd w obliczeniu ceny nastąpi również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia (zob. wyrok z dnia 11 maja 2011 r., KIO/UZP 910/11).

Odwołujący podkreślił, że mając na uwadze powyższe, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie sposób na podstawie Formularza Cenowego stwierdzić, czy wskazane przez ZRE

Katowice ceny, w tym cena uwzględniona w ppkt 2.1., obejmuje cały przedmiot zamówienia.

Należy jednocześnie wskazać, iż poprawienie omyłek może polegać także na usunięciu sprzeczności w ofercie. Zgodnie z zasadą argumentum a maiori ad minus – „co wolno więcej, to tym bardziej wolno mniej" – jeśli możliwe jest poprawienie oferty w merytorycznym zakresie, to tym bardziej możliwe jest przyjęcie, że wskazane prawidłowo w jednym miejscu oferty informacje lub zobowiązania pozwalają na usunięcie sprzecznych z nimi informacji.

Z okoliczności sprawy musi jednak wynikać, które ze sprzecznych informacji powinny być uznane za złożone zgodnie z wolą wykonawcy, a które stanowią omyłkę (tak W. Dzierżanowski Włodzimierz i in., Komentarz, art. 223 PZP).

Odwołujący wskazał, że za podstawę odrzucenia oferty można przyjąć wyłącznie taki błąd, który nie podlega sprostowaniu przez Zamawiającego zgodnie z art. 223 ust. 2 PZP, a więc który nie zawiera substratu oczywistości, jak w przypadku wystąpienia omyłki rachunkowej.

Odwołujący podkreślił, że mając na uwadze powyższe, nieprawidłowość, której dopuścił się oferent ZRE Katowice, prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający nie może samodzielnie poprawić Formularza Cenowego, bowiem nie jest możliwe ustalenie wynagrodzenia za dany element umowy, wobec wypełnienia przez ZRE Katowice w Formularzu Cenowym pozycji, która powinna pozostać pusta. W niniejszej sprawie, Zamawiający nie jest w stanie dokonać samodzielnej operacji arytmetycznej i ustalić oferowanej przez wykonawcę ceny.

Formularz Cenowy zawiera bowiem wykluczające się wzajemnie informacje. Kwota wynikająca z ppkt 2.1. Formularza Cenowego nie stanowi sumy kwot cząstkowych wskazanych w rubrykach 2.1.1 - 2.1.12, nie jest nawet do tej sumy zbliżona, co by pozwalało w jakikolwiek stopniu uznać, że doszło do omyłki pisarskiej czy rachunkowej. W konsekwencji, nie jest możliwe ustalenie, prawidłowej łącznej ceny za realizację zamówienia, ani za poszczególne etapy zamówienia, bazując wyłącznie na informacjach zawartych w Formularzu Cenowym, bowiem nie sposób wyjaśnić, jakich prac dotyczy kwota 30.700,00 zł wskazana

w ppkt 2.1., dlaczego została wskazana w rzeczonym punkcie skoro rubryka ta winna pozostać pusta, i w której pozycji

składowej w stosunku do pozycji 2.1., winna zostać uwzględniona. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że nie ulega wątpliwości, iż działanie ZRE Katowice było zamierzone i celowe, co wyłącza możliwość uznania omawianej nieprawidłowości za omyłkę. Nie zachodzi zatem sytuacja, w której istnieje jeden możliwy sposób usunięcia błędu, co wyklucza skorzystanie z procedury wskazanej w art. 223 ust. 2 PZP. W konsekwencji czego oferta ZRE Katowice winna zostać odrzucona.

Odwołujący dodał, ze powyższe okoliczności, które ujawniły się podczas prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia oraz opisane działania Zamawiającego niewątpliwie stanowią naruszenie art. 16 pkt 1) i 2) PZP ze względu na prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania równego traktowania wykonawców oraz wbrew zasadzie przejrzystości, wskutek przeprowadzenia badania ofert z przekroczeniem przepisów ustawy, mimo tego, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty ZRE Katowice, podczas gdy zachodziły ku temu przesłanki,

a nadto dokonał wyboru oferty ZRE Katowice, obarczonej istotnym błędem w obliczeniu ceny, jako oferty najkorzystniejszej. Tym samym Zamawiający nie dokonując odrzucenia oferty ZRE Katowice i dokonując wyboru oferty ZRE Katowice jako najkorzystniejszej, naruszył wskazane wyżej przepisy PZP, co ostatecznie doprowadziło do nieprawidłowości w postaci dokonania wyboru oferty złożonej przez ZRE Katowice jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że powołane w niniejszym odwołaniu okoliczności sprawy, w tym sposób prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, stanowią także podstawę do twierdzenia, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 PZP, zgodnie z którym zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wybór oferty ZRE Katowice jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy powinna ona podlegać odrzuceniu z przyczyn wskazanych w niniejszym piśmie, niewątpliwie należy uznać za niezgodny z przepisami ustawy.

Wobec powyższego, oferta ZRE Katowice powinna zostać odrzucona. W związku z tym, wybór oferty ZRE Katowice, jako najkorzystniejszej, należy uznać za niedopuszczalny.

W odpowiedzi na odwołanie – w piśmie z dnia 2 sierpnia 2024 r. Zamawiającego, wniósł o:

1) oddalenie odwołania,

2) obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że zarzuty Odwołującego są bezzasadne ponieważ w SWZ, w Formularzu Cenowym stanowiącym Załącznik nr 12 do Formularza „Oferta", w pkt 2 ppkt 2.1 została wskazana rubryka dotyczącą wykonania prac w zakresie:

„Modernizacja Obrotowych Podgrzewaczy powietrza HLD10 i HLD20 (w skrócie - OPP) typu

Typ LCVZQ 34.7/2200 (rys. N-100160-S-HLD-IC02-00001) wraz z niezbędnymi pracami towarzyszącymi zgodnie z N 100160-S-HLD-GM02-00001-AB_PL-ENG. Wykonawca zapewni na własny koszt nadzór Inspektora Producenta (Arvo GmbH, Niemcy) lub inspektora firmy specjalizującej się w remontach i modernizacjach obrotowych podgrzewczy powietrza nad prowadzonymi pracami w celu zapewnienia poprawności prac montażowych zgodnie

z dokumentacją DTR producenta w poniższym zakresie" .

Wykonawcy Altrad Babcock Europe S.A., (Odwołujący) oraz Remak – Energomontaż S.A. (Przystępujący po jego stronie) nie wpisali żadnej wartości (ceny).

Jedynym Wykonawcą, który wpisał cenę są Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. Odwołujący w treści odwołania wskazał, iż Zakłady Energetyki Katowice S.A. wpisując wartość w ppkt 2.1. dopuściła się błędu w obliczeniu ceny w zakresie formularza cenowego, natomiast zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wpisanie ceny w ppkt 2.1 za nadzór nie stanowi żadnego błędu w obliczaniu ceny. To Odwołujący, oraz Przystępujący po jego stronie nie zachowali należytej staranności i konsekwentnego wypełniania Formularza Cenowego, ponieważ wszystkie wiersze (oprócz wiersza w ppk 2.1) Formularza Cenowego zawierające jednostkę miary i ilość zostały przez Odwołującego i Wykonawcę Remak – Energomontaż S.A. wycenione.

Zatem, nie jest prawidłowym twierdzenie, iż Zakłady Energetyki Katowice S.A. podając cenę za w/w ppkt 2.1 dopuściła się błędu w obliczeniu ceny, ponieważ ppkt 2.1 nie mógł stanowić sumy cen z punktów 2.1.1 – 2.1.12 skoro miał stanowić cenę za nadzór inspektora, co jasno wynika z treści zakresu opisanego w ppkt 2.1., również z tego samego powodu stwierdzenie Odwołującego, że rubryka ppkt 2.1 powinna pozostać nieuzupełniona ze względu na zaznaczenie jej kolorem szarym nie powinna stanowić argumentu do odwołania. Zamawiający

nie tylko w Formularzu Cenowym, ale również w tabeli w Części II SWZ zaznaczył, że ppkt 2.1

powinien zostać wyceniony, wpisując „kpl. 2". Dodatkowo, ppkt 2.1 jako jedyny z tych oznaczonych kolorem szarym, poza uogólnioną nazwą danego zakresu prac, zawierał również

opis merytorycznego zakresu prac (tj. właśnie przedmiotowy nadzór), co również niezbicie wskazywało, że intencją Zamawiającego było wycenienie tej rubryki. Jeżeli któryś

z Wykonawców miał wątpliwości co do oznaczenia tej rubryki kolorem szarym, miał możliwość

zwrócenia się z wnioskiem o wyjaśnienie SWZ na etapie postępowania przetargowego. Zamawiający zaznaczył, że

Formularz Cenowy został udostępniony Wykonawcom do uzupełnienia w formie pliku excel w trybie „do edycji". Żaden z Wykonawców w toku postępowania nie zadał pytania w celu wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie. Wątpliwości co do koloru linii ppkt 2.1, Odwołujący podniósł dopiero na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.
Z treści pkt 2 ppkt 2.1 przedmiotowego formularza wynikało, że Wykonawca może do oferty przyjąć koszt inspektora producenta, jak również może przyjąć koszt swojego własnego pracownika posiadającego kwalifikacje, ponieważ wszyscy Wykonawcy biorący udział
w postępowaniu posiadają odpowiednie referencje na remonty i modernizacje Obrotowych Podgrzewaczy Powietrza. W związku z tym możliwe jest, że Wykonawcy posiadający własnych pracowników z kwalifikacjami, o których mowa w ppkt 2.1 zawarli koszt nadzoru
w punktach 2.1.1 – 2.1.12, natomiast Wykonawca, który przyjął koszt nadzoru przez inspektora producenta zawarł koszt w ppkt 2.1.
Zamawiający podkreślił, że w konsekwencji tak sformułowanego zapisu pp. 2.1. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy wezwał Odwołującego i Przystępującego po jego stronie do wyjaśnienia, czy złożona oferta uwzględnia również ww. ppkt 2.1 i czy prawidłowe jest rozumowanie Zamawiającego, że koszt nadzoru (2 szt. OPP, tj. dla OPP HLD10 i OPP HLD20) Inspektora Producenta (Arvos GmbH, Niemcy) lub inspektora firmy specjalizującej się
w remontach i modernizacjach obrotowych podgrzewczy powietrza nad prowadzonymi pracami w celu zapewnienia poprawności prac montażowych, który zgodnie z opracowanym przez Zamawiającego wzorem Formularza Cenowego stanowiącego załącznik do SWZ powinien zostać wskazany w ppkt 2.1 - został przez Wykonawców wzięty pod uwagę
i uwzględniony w innych podpunktach pkt 2, co w konsekwencji doprowadziło do tego, że Wykonawcy wycenili sam ppkt 2.1 na wartość 0 złotych. W odpowiedzi Wykonawcy ci wyjaśnili, że uwzględnili koszt nadzoru inspektora firmy specjalizującej się w remontach
i modernizacjach obrotowych podgrzewaczy powietrza nad prowadzonymi pracami w celu zapewnienia poprawności prac montażowych zgodnie z dokumentacją DTR producenta. Koszt ten został uwzględniony w wycenie w punktach 2.1.1 - 2.1.12.
Zamawiający podkreślił i powtórzył, że przed terminem składania ofert żaden z Wykonawców nie zwracał się o wyjaśnienie lub korektę zapisów w przedmiotowym formularzu. Zatem nieuzasadniona jest wykładnia kreowana przez Odwołującego i Przystępującego po jego stronie o bezwzględnym wymogu nie wypełniania ppkt 2.1 formularza, argumentowana szarym kolorem rubryki, a także koloru linii oddzielającej. Takiej interpretacji Zamawiający kategorycznie zaprzeczył i wskazał, ze jedyna legalna i prawdziwa wykładnia przedmiotowego zapisu w SWZ została wskazana przez Zamawiającego i powtórzona w odpowiedzi na odwołanie.
Zamawiający stwierdził, że oferty wszystkich Wykonawców uwzględniają koszt nadzoru inspektora, a jednoczenie Zakłady Energetyki Katowice S.A. prawidłowo i bez błędu wypełniła
przedmiotowy formularz. To sposób wypełnienia przedmiotowego formularza przez Odwołującego i Przystępującego po jego stronie budził wątpliwości Zamawiającego, jednakże Zamawiający zdecydował się rozstrzygnąć te wątpliwości na ich korzyść uznając oferty za prawidłowe. Nie zachodzą więc żadne przesłanki do uznania, że oferta wybranego Wykonawcy podlega odrzucenia, a Zamawiający dokonując jej wyboru naruszył jakiekolwiek przepisy Ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk Stron zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, a odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.
Przystępujący Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna z siedzibą
w Katowicach złożył wniosek o odrzucenie odwołania jako spóźnionego, ponieważ zdaniem Przystępującego wniesione je wobec treści SWZ.
Izba nie miała wątpliwości, biorąc pod uwagę treść zarzutu nr 1, że odwołanie dotyczyło sposobu wypełnienia Formularza cenowego przez Przystępującego Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, a nie treści SWZ i wobec powyższego wniosek o odrzucenie odwołania oddaliła.
Izba ustaliła, że Odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia.
Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpienie zgłosił wykonawca Remak – Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej: „*Przystępujący Remak – Energomontaż*", natomiast po stronie Zamawiającego – wykonawca Zakłady Remontowe Energetyki Katowice Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach, dalej: „*Przystępujący ZRE Katowice*".
Zgłoszenia spełniały warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, w szczególności oferty wraz z załącznikami, złożonej przez Przystępującego ZRE Katowice, Przystępującego Remak-Energomontaż oraz Odwołującego, pisma Zamawiającego z 12 czerwca 2024 r. oraz pism Przystępującego Remak–Energomontaż oraz Odwołującego z 12 i 14 czerwca 2024 r., Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego z 5 lipca 2024 r.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że Zamawiający – Zamawiający, Enea Wytwarzanie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Świerżach Górnych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn.: „Modernizacja kotła nr 11 w 2024 r."

W Postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców – Odwołujący, Przystępujący ZRE Katowice oraz Przystępujący Remak–Energomontaż.

W pkt 2 ppkt 2.1. w Formularzu Cenowym Załączniku nr 12 do „formularza oferty" wskazano:
„Modernizacja Obrotowych Podgrzewaczy powietrza HLD10 i HLD20 (w skrócie - OPP) typu Typ LCVZQ 34.7/2200 (rys N-100160-S-HLD-IC02-00001) wraz z niezbędnymi pracami towarzyszącymi zgodnie z N-100160-S-HLD-GM02-00001 AB_PL-ENG. Wykonawca zapewni na własny koszt nadzór Inspektora Producenta (Arvos GmbH, Niemcy) lub inspektora firmy specjalizującej się w remontach i modernizacjach obrotowych podgrzewczy powietrza nad prowadzonymi pracami w celu zapewnienia poprawności prac montażowych zgodnie
z dokumentacją DTR producenta w poniższym zakresie, kpl. 2".

Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że w Formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 12 do Formularza Oferta, w pkt 2 ppkt 2.1., Odwołującego oraz Przystępujący Remak-Energomontaż nie wpisali żadnej wartości, wezwał wykonawców do wyjaśnienia, czy złożona przez nich oferta uwzględnia również w ppkt 2.1 i czy prawidłowe jest rozumowanie Zamawiającego, że koszt nadzoru (2 szt. OPP, tj. dla OPP HLD10 i OPP HLD20) Inspektora Producenta (Arvos GmbH, Niemcy) lub inspektora firmy specjalizującej się w remontach i modernizacjach obrotowych podgrzewaczy powietrza nad prowadzonymi pracami w celu zapewnienia poprawności prac montażowych, który zgodnie z opracowanymi przez Zamawiającego wzorem Formularza Cenowego stanowiącego załącznik do SWZ powinien zostać wskazany w ppkt 2.1 – został przez wykonawców wzięty pod uwagę
i uwzględniony w innych podpunktach pkt 2, co w konsekwencji doprowadziło do tego, że wykonawcy wycenili sam ppkt 2.1 na wartość 0 złotych – pismo z 12 czerwca 2024 r.

W odpowiedzi wykonawcy wyjaśnili, że uwzględnili koszt nadzoru inspektora firmy specjalizującej się remontach i modernizacjach obrotowych podgrzewaczy powietrza nad prowadzonymi pracami w celu zapewnienia poprawności prac montażowych zgodnie
z dokumentacją DTR producenta w wycenie w punktach 2.1.1.- 2.1.12. – pisma z 12 i 14 czerwca 2024 r.

W dniu 9 lipca 2024 r. Zamawiający przesłał do wykonawców za pośrednictwem Platformy Zakupowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Przystępującego ZRE Katowice.

18 lipca 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego ZRE Katowice, wadliwego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty ZRE Katowice jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu.

<u>Zarzut odwołania oznaczony nr 1:</u>

Zgodnie z art. 226 ust. 10 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy
w obliczeniu ceny lub kosztu.

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty.

Błąd w obliczeniu ceny lub kosztu oferty ma miejsce w sytuacji nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów ceno- lub kosztotwórczych, które wynikają z przepisów prawa lub wymaganych cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Błąd w obliczeniu ceny jest skutkiem błędnego rozpoznania przez wykonawcę stanu prawnego lub faktycznego, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w dokumentach zamówienia
i przyjęcia nieprawidłowych podstaw dokonywanej kalkulacji, które nie znajdują uzasadnienia w przepisach prawa lub w wymaganiach zamawiającego.

Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej błąd
w obliczeniu ceny może polegać na nieuwzględnieniu realnego kosztu zakupu usługi.

W ocenie Izby, Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania, że oferta Przystępującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.
Z uzasadnienia zarzutu nr 1 odwołania wynika, że, w ocenie Odwołującego, błąd w obliczeniu ceny lub kosztu wynikał z faktu, że Przestępujący ZRE Katowice wypełnił ppkt 2.1.
w Formularzu cenowym wpisując tam kwotę 30 700 złotych, chociaż pole tego podpunktu powinno pozostać puste, ponieważ oznaczono je kolorem szarym, cena powinna być wpisana w ppkt 2.1.1. – 2.1.12., ponadto nie jest wiadomo, jakich prac powyższa kwota dotyczyła. Powyższe, zdaniem Odwołującego oznaczało również, że nie jest możliwe ustalenie prawidłowej łącznej ceny za realizację zamówienia. Nadto formuła Excel zastosowana przez Zamawiającego w formularzu (w komórce E29) nie sumowała wartości wpisanej przez Przystępującego ZRE Katowice i formuła powyższa została zmodyfikowana przez Przystępującego ZRE Katowice poprzez wypełnienie formularza.
Izba, podobnie jak Zamawiający, nie miała wątpliwości, że kwota wpisana przez Przystępującego ZRE Katowice w ppkt 2.1. dotyczyła kosztu nadzoru Inspektora Producenta (Arvos GmbH, Niemcy) lub inspektora firmy specjalizującej się w remontach i modernizacjach obrotowych podgrzewczy powietrza nad prowadzonymi pracami w celu zapewnienia poprawności prac montażowych zgodnie z dokumentacją DTR producenta oraz jak słusznie wskazał Zamawiający, ppkt 2.1. nie mógł stanowić sumy cen z punktów 2.1.1.-2.1.12., ponieważ stanowiła cenę za nadzór inspektora, co wyraźnie zostało wskazane w opisie punktu 2.1.
Pozycja 2.1. zarówno w Formularzu cenowym, ale również w tabeli w części II SWZ wraz
z jego opisem posiada oznaczanie: „kpl.2".
Odwołujący przedstawił własną interpretację sposobu wypełnienia Formularza cenowego
w pkt 2.1., co w ocenie Izby, nie oznacza, że sposób wypełnienia ww. punktu przez Przystępującego ZRE Katowice był nieprawidłowy.
W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że kwota 30 700 złotych, stanowiąca koszt nadzoru Inspektora Producenta (Arvos GmbH, Niemcy) lub inspektora firmy specjalizującej się
w remontach i modernizacjach obrotowych podgrzewczy powietrza nad prowadzonymi pracami w celu zapewnienia poprawności prac montażowych zgodnie z dokumentacją DTR producenta została uwzględniona przez Przystępującego ZRE Katowice w sposób nieprawidłowy w wyliczeniu ceny, nie wynikała z przepisów prawa lub wymaganych cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. O powyższym nie może świadczyć wskazanie przez Przystępującego ZRE Katowice ceny za nadzór nad prowadzonymi pracami w rubryce oznaczonej kolorem szarym - jak wynika z jego oferty oraz brak zsumowania ppkt 2.1.1.-2.1.12. w punkcie 2.1. w formule Excel zastosowanej przez Zamawiającego w formularzu, a także fakt, że Odwołujący i Przystępujący Remak-Energomontaż nie wypełnili pkt 2.1. w swoich ofertach, co wynikało z treści tych ofert.
Izba wskazuje, że inną rubryką oznaczoną kolorem szarym wypełnioną przez Przystępującego ZRE Katowice była pozycja nr 5 w Formularzu cenowym – Dyżur podczas ruchu próbnego bloku, wobec jej wypełnienia Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń.
Zdaniem Izby oznaczenie pola kolorem szarym nie oznaczało, iż nie podlegało ono wypełnieniu.
Sam Zamawiający nie miał wątpliwości, że punkt 2.1. powinien być wypełniony, ponieważ wezwał w powyższym zakresie do wyjaśnień treści oferty zarówno Odwołującego oraz Przystępującego Remak–Energomontaż.
W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał również, że nie jest możliwe ustalenie prawidłowej łącznej ceny za realizację zamówienia, ani za poszczególne etapy, ponieważ Odwołujący nie uzasadnił powyższego zarzutu, lecz skoncentrował się na wykazaniu, że ppkt 2.1.1.-2.1.12. należało zsumować, a pkt 2.1. powinien pozostać niewypełniony.
<u>Zarzut odwołania oznaczony nr 2</u>:
Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
Wobec niepotwierdzenia zarzutu nr 1 odwołania, w konsekwencji Izba oddaliła również zarzut nr 2 odwołania.
O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie i ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.
Wobec oddalenia odwołania w całości, koszty ponosił Odwołujący.
Mając na względzie powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……